



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO
CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL**

BRASÍLIA

2012

DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO
CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para
a conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Sérgio Antônio Ferreira
Victor

BRASÍLIA

2012

DIOGO DE MYRON CARDOSO PONZI

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO
CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada como requisito para
a conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Me. Sérgio Antônio Ferreira
Victor

Brasília, 4 de outubro de 2012

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

in claris cessat interpretatio

RESUMO

Trata-se de monografia que tem por objeto verificar a adequação da técnica de decisão em controle de constitucionalidade intitulada interpretação conforme à Constituição, por ocasião do julgamento em conjunto da ADPF nº 132 com a ADI nº 4.277, efetuado pelo Supremo Tribunal Constitucional, bem como constatar se ocorreu como resultado uma mutação constitucional. Para tanto, apresenta-se um panorama histórico acerca tratamento constitucional dado à matéria família no período republicano. Em sequência, apreciam-se alguns votos proferidos no julgamento em questão. Por fim, analisam-se os referidos institutos inseridos no caso concreto, a luz da jurisprudência e, principalmente, da doutrina pertinente.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Família. União Estável. Interpretação conforme à Constituição. Mutação constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	9
1.1 A Evolução do Conceito de Família nas Constituições Republicanas	10
1.2 A Família na Assembleia Nacional Constituinte	12
1.3 O Projeto de Lei nº 1.151 de 1995.....	16
1.4 A União Homoafetiva na Legislação Ordinária em Geral, posterior à Constituição de 1988	19
2. A FRÁGIL UNANIMIDADE: DIVERGÊNCIAS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO	21
2.1. Voto do Relator.....	22
2.2 Votos dos Ministros que decidiram pela Procedência da Ação em Termos Distintos do Relator	27
2.2.1 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski	27
2.2.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	30
3. O NOVO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.....	37
3.1. Requisitos e Limites da Interpretação Conforme à Constituição.....	38
3.2 Interpretação Conforme à Constituição do Artigo 1.723 do Código Civil	42
3.3 A Mutação Constitucional do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal...	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Um recente julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal gerou ampla repercussão no Brasil. Em questão, encontrava-se a possibilidade do reconhecimento jurídico de uma família homoafetiva, ou seja, formada por duas pessoas do mesmo sexo.

A decisão suscitou acalorado debate, opondo segmentos conservadores frente a múltiplos movimentos favoráveis à diversidade sexual. Porém, além da referida contraposição social e ideológica, em um sentido predominantemente jurídico, instigou-se controvérsia distinta, acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Explique-se: o artigo 1.723 do Código Civil preceitua a união estável como aquela espécie familiar constituída pela convivência entre um homem e uma mulher. Trata-se de mera reprodução do enunciado do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Na ocasião do julgamento, os ministros da Corte, ao apreciarem conjuntamente os pleitos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, decidiram, por unanimidade, equiparar a união homoafetiva à estável. Para tanto, utilizaram-se da técnica de decisão em controle de constitucionalidade denominada *interpretação conforme à Constituição*. Assim, extraíram de alguns princípios inseridos na Carta Política um entendimento extensivo da norma cível e, em consequência, também de sua análoga constitucional.

Seria o referido método o mais adequado para a situação? E, em consequência de sua utilização, teria então o Supremo Tribunal Federal efetuado uma mudança no sentido da Carta Política, ou seja, uma mutação constitucional?

Diante de tais questionamentos, definiu-se o objetivo deste trabalho de conclusão de curso: apreciar criticamente a utilização da referida técnica de decisão em controle de constitucionalidade no julgamento das duas ações e, como

um de seus possíveis efeitos, constatar a ocorrência de uma mutação constitucional do artigo 226 da Carta Política.

Definido o objeto, optou-se por iniciar esta monografia por um breve histórico do gênero família e, mais especificamente, da união estável na evolução constitucional e infraconstitucional no Brasil, a partir da primeira constituição republicana.

Após o ensaio histórico, o segundo capítulo trata da pormenorização de alguns votos proferidos por ocasião do julgamento em conjunto da ADPF 132 com a ADI 4.277.

Por fim, utilizando-se de elementos suscitados nos dois primeiros capítulos, passa-se à análise da *interpretação conforme* no caso concreto, bem como da possibilidade da existência de uma mutação constitucional, não se excluindo alguns comentários acerca das incertezas resultantes do julgamento.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso será a dogmática, realizada por meio de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, já que envolve o exame de livros, artigos doutrinários, documentos, legislação e decisões judiciais relacionadas ao tema suscitado.

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O aspecto histórico foi diversas vezes suscitado no decorrer do julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, principalmente pelos ministros que, mesmo votando pela procedência da ação, divergiram quanto à fundamentação utilizada pelos seus pares.

O ministro Ricardo Lewandowski optou por fazer uma breve resenha acerca do conceito de família inserido nas Constituições anteriores à promulgada em 1988¹. Em outro momento, o Julgador recorre a excertos da Assembleia Nacional Constituinte para apresentar o que, para ele, seria o exato limite semântico do § 3º do artigo 226 da atual Lei Maior².

Já o ministro Gilmar Mendes reservou um tópico inteiro em seu voto para apresentar exemplos de projetos de leis e legislação ligados ao que o Julgador chama de “controvérsia política e ausência de uma deliberação consensual do Congresso³”.

Tais pontos foram essenciais nas fundamentações dos votos dos respectivos ministros. Tendo em vista tal importância, justifica-se a opção pela abordagem histórica do instituto jurídico da família e, particularmente, da união estável, até o momento da decisão, como ponto de partida do presente estudo.

Os tópicos do presente capítulo adentram os aspectos explicitados pelos dois magistrados sem, no entanto, a eles se restringirem. Tampouco esgotam os exemplos relativos ao assunto no decorrer da história legislativa brasileira. Trata-se apenas das informações consideradas fundamentais para uma melhor compreensão do processo que culminou no julgamento conjunto das referidas ações constitucionais.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 708.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 711-712.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 770

1.1 A Evolução do Conceito de Família nas Constituições Republicanas

Modalidade familiar distinta do casamento é uma ideia nova no histórico constitucional brasileiro. A menção a outra espécie do gênero família surgiu apenas na Constituição de 1988. As outras Constituições republicanas apresentaram conceitos próximos ao do casamento, não sendo expressamente prevista nenhuma outra forma de célula familiar.

A Constituição de 1891 não apresentou nenhum conceito específico relativo à família. A única menção ao tema encontrava-se no § 4º do artigo 72, o qual tratava do casamento civil como o único reconhecido no momento⁴.

Na Constituição de 1934, o tema ganhou um capítulo próprio e uma conceituação objetiva, *“A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”*⁵.

A partir de então, todas as Constituições, até 1969, reservaram capítulo para a matéria, mantendo a ideia de família próxima ao do casamento indissolúvel.

A Carta de 1937 definia a família como algo que, *“(...)constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado (...)”*⁶. Texto similar ao da Constituição de 1946, na qual *“família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”*⁷.

⁴ BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2012.

⁵ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 19 de maio de 2012.

⁶ BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em 19 de maio de 2012.

⁷ BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 19 de maio de 2012.

A Constituição de 1967 manteve a família como instituição formada unicamente pelo casamento indissolúvel⁸. Por fim, a nova redação dada a tal Carta pela Emenda Constitucional número 1 foi a última Lei Maior a atribuir o caráter de indissolubilidade ao matrimônio⁹.

Somente em 1977 é que a dissolução do casamento ganhou previsão expressa na Constituição, através da Emenda Constitucional número 9. O novo texto do § 1º do artigo 175 definiu que *“O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”*¹⁰. Apesar da inédita possibilidade de separação, o casamento permaneceu como única modalidade de família inserida na Lei Maior.

A leitura dos textos constitucionais republicanos anteriores ao regramento vigente permite a percepção de um panorama de lenta e progressiva evolução no que tange à família. Ao dissertar sobre aspectos constitucionais da união homoafetiva, Fernanda Louro Figueras menciona o seguinte: ¹¹

“Em que pese a ideia de família natural, nascida da informalidade de uma relação afetiva, durante muito tempo o legislador acolheu apenas o casamento como instituição apta à constituição familiar, negando efeitos jurídicos a outras espécies de união. A evolução dos costumes e a realidade das novas relações, porém, forçou a adaptação dos direitos aos fatos, de modo que receberam positividade, entre outras situações, a permissão da dissolução do casamento pelo divórcio, a legitimidade dos filhos havidos fora do casamento, o concubinato e a união estável.”

A referida evolução dos costumes é um vagaroso processo de aceitação daquilo que foge ao tradicional. Foram necessários noventa e nove anos, da proclamação da República até 1988, para que uma constituição reconhecesse em seu texto formas de família distintas das geradas pelo casamento.

⁸ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 19 de maio de 2012.

⁹ BRASIL. Constituição (1969). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

¹⁰ BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em 28 de maio de 2012.

¹¹ FIGUERAS, Fernanda Louro. *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 105.

1.2 A Família na Assembleia Nacional Constituinte

O advento da Constituição Federal de 1988 resultou em uma nova abordagem do tema Família, com grandes modificações em relação às Cartas anteriores.

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho, o capítulo destinado à família é “singularmente inovador, para não dizer revolucionário”¹². Pela primeira vez, inseriram-se na Constituição novas modalidades familiares além do casamento. Continua o doutrinador afirmando o seguinte:

“No que respeita ao casamento, foi ainda mais longe a Constituição – nisso, em verdade, a reboque dos fatos e de algumas normas infraconstitucionais e de decisões judiciais que o legalizaram e/ou legitimaram - , ao estatuir que, para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a *união estável* entre o homem e a mulher como *entidade familiar*, assim considerada, também, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”¹³

A partir da promulgação da nova Constituição, deixava o casamento de ser a única espécie de família, passando a existir duas outras formas: a união estável e a família monoparental.

Oportuno para o entendimento das inovações trazidas pela nova Constituição é a análise de sua criação através da Assembleia Nacional Constituinte. As discussões do tema família ficaram a cargo da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, tendo como seu relator o constituinte Eraldo Tinoco.

É de se notar que as primeiras discussões a dominar as audiências da subcomissão trataram principalmente da relação desigual existente entre o homem e a mulher nas sociedades conjugais. Assim fica demonstrado pela leitura do apanhamento taquigráfico da 4ª reunião ordinária da subcomissão, na qual

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1425.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1426.

discursou longamente a representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Comba Marques Porto¹⁴

O anteprojeto do Relator da referida subcomissão apresentou o seguinte texto, na ocasião o artigo 1º¹⁵:

“Art. 1 - A família, célula básica da sociedade, tem direito à proteção social, econômica e jurídica do Estado com vistas à realização pessoal dos seus membros. § 1- O casamento civil é a forma própria de constituição da família, sendo gratuita a sua celebração. § 2- O casamento religioso terá efeito civil, nos termos da lei; § 3- Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar; § 4- O casamento pode ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de dois anos; § 5- A anulação e a nulidade do casamento podem ser declaradas em qualquer época.”

Esta primeira redação do futuro artigo 226 ainda não contemplava a família monoparental. Porém, lá estava a união estável, descrita de forma similar àquela que figurou na versão final do artigo.

A inclusão da parte relativa à facilitação da conversão de união estável em casamento foi proposta através da emenda 00033, de autoria do constituinte Nelson Carneiro. Afirmou-se no parecer que “expressão além de aperfeiçoar o texto evita a conotação de que o Estado estimula o concubinato”¹⁶.

Passada a fase de emenda ao anteprojeto do relator da subcomissão, a redação do § 3º passou a ter a seguinte forma: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. A lei facilitará sua conversão em casamento.”¹⁷ Praticamente sem

¹⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Ata de Comissões, Câmara dos Deputados, p. 22.

¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 3.

¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 3.

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 5.

alteração, esta seria a versão inserida no anteprojeto da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação.

Foi a supracitada redação que passou da fase de comissão à de anteprojeto da Constituição¹⁸. Note-se que até aquele momento a união estável foi sempre expressamente definida como entidade formada por um homem e uma mulher. E assim permaneceu até a fase de projeto, quando finalmente surgiram emendas nas quais se suprimia o termo “homem e mulher”. Como exemplo, pode-se citar a parcialmente aprovada emenda 05782, da constituinte Rita Camata, a qual defendeu o seguinte *caput* para o artigo referente à família: “são reconhecidos os direitos da família como sociedade natural, fundada no matrimônio ou na união sólida entre pessoas”¹⁹.

Possíveis consequências de tal supressão não passaram despercebidas. Na mesma fase, surgiu outra proposta de emenda na qual ficou patente a preocupação quanto à possibilidade de inclusão de outra forma de união que não fosse entre um homem e uma mulher. A emenda nº 16752, do constituinte Nyder Barbosa, continha a seguinte justificativa: “(...) abre-se na legislação brasileira a brecha desejada pelos pervertidos sexuais (homossexuais e lésbicas) para que se reconheça como família, a união entre dois homens ou duas mulheres”²⁰. Em outro trecho da justificativa, o parlamentar afirma que “permitir que indivíduos do mesmo sexo se constituam em família seria, no mínimo, intolerável”²¹.

A emenda foi parcialmente aprovada, mas sem a expressão “constituída pela união estável entre o homem e a mulher”. O parecer quanto à não-inclusão da referida expressão foi o seguinte:

““Julgamos que a nova redação dada ao dispositivo que trata da família, classificando-a em família constituída pelo casamento ou por

¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 9.

¹⁹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao Projeto de Constituição nº 05782, fase M, constituinte Rita Camata. Apresentada em 22 de julho de 1987.

²⁰ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao Projeto de Constituição nº 16572, fase M, constituinte Nyder Barbosa. Apresentada em 13 de agosto de 1987.

²¹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao Projeto de Constituição nº 16572, fase M, constituinte Nyder Barbosa. Apresentada em 13 de agosto de 1987..

uniões estáveis, elimina a preocupação de que a expressão "uniões estáveis" possa ter outro significado que não o da relação entre homem e mulher"²².

Todos os substitutivos do relator, inclusive o que foi à plenário quando do primeiro turno de votações, tiveram redações que não determinavam a união estável como aquela formada unicamente por homem e mulher. Mas tal situação seria alterada ainda na referida fase da Assembleia, através da aprovação de uma emenda de autoria de um dos constituintes que participaram das primeiras discussões acerca da natureza constitucional da família, o deputado Nelson Carneiro²³.

A possibilidade de a indeterminação do texto redundar no reconhecimento de uma união estável formada por duas pessoas do mesmo sexo foi discutida em plenário, quando se evocou emenda do constituinte Roberto Augusto, rejeitada anteriormente²⁴. Na ocasião, assim se manifestou o constituinte Gastone Righi:

"Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gayses do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º : 'Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento'. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda"²⁵

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emendas com Pecer, fase M. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 19.

²³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda de Plenário nº 01564, fase S, constituinte Nelson Carneiro. Apresentada 13 de janeiro de 1988.

²⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao primeiro substitutivo do relator nº 24370, constituinte Roberto Augusto. Apresentada em 02 de setembro de 1987.

²⁵ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"). p. 209.

Por fim, a redação final do artigo relativo à família consagrou três formas dela, o casamento, a união estável entre homem e mulher e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental²⁶.

1.3 O Projeto de Lei nº 1.151 de 1995.

No item anterior ficou demonstrada a grande evolução do conceito de família quando comparado com outras acepções inseridas nas Constituições anteriores à de 1988. Porém, mostrou-se clara a opção do legislador originário ao definir a união estável como sendo unicamente aquela formada por homem e mulher, inexistindo no rol constitucional célula familiar formada por duas pessoas do mesmo sexo.

Em vista de tal situação normativa e inexistindo previsão legal para as uniões homoafetivas, a então deputada federal Marta Suplicy apresentou o projeto de Lei nº 1.151, de 1995.

Ao comentar o assunto, a Congressista afirmara que seu projeto não se referia ao casamento, à adoção de crianças ou à constituição de família, mas tão somente à concessão de direitos a herança, previdência, declaração comum de imposto de renda e nacionalidade²⁷.

Em trecho da justificação do projeto, a Congressista se manifestou com propriedade acerca da referida diferença entre o novo instituto e os conceitos inseridos na Constituição:

“A figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde nem com o instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil brasileiro, nem com a união estável, prevista no § 3º do art. 226 da Constituição Federal. É mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito”²⁸.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 12.

²⁷ O sol e a peneira, *Revista Manchete*, 1996, apud AZEVEDO, 2001. p. 477.

²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995 (documentos anexos e referenciados). Disponível em: <

Em vista disso, ao prestar depoimento à Comissão Especial, Luiz Edson Fachin sugeriu o termo “parceria” em vez de “união” para determinar o conceito desejado²⁹, o qual foi acatado pelo relator do projeto, Deputado Roberto Jefferson:

“Também, a nosso ver, a expressão ‘união civil livre’ deve ser substituída por ‘pareceria registrada’. Estas modificações deixam bem claro que o Projeto não pretende instituir uma forma de casamento entre homossexuais nem mesmo uma união estável, nos moldes do art. 226 da Constituição. A parceria é um contrato civil com efeitos patrimoniais apenas.”³⁰

Foram do relator do projeto algumas das ponderações mais pertinentes em relação à matéria. Em seu voto, o parlamentar afirmou que o “Direito nasce dos fatos sociais, das relações travadas entre os seres humanos” e que, portanto, “os direitos resultantes da parceria entre homossexuais são questões reais, concretas, que necessitam de solução jurídica”³¹.

Ainda sobre a relação entre “parceria” e a entidade familiar prevista na Constituição, o relator argumentou o seguinte:

“Com essas considerações, fica claro que o Projeto de Lei ora em exame não pretende instituir um casamento ou uma união estável entre pessoas do mesmo sexo. Não se está aqui a disciplinar as obrigações sexuais entre parceiros. Não se cria nenhuma entidade familiar para efeitos de proteção do Estado. Ao contrário, busca-se resguardar a regulamentar os efeitos dos atos jurídicos praticados em parceria por essas pessoas”³².

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBB5A19B5C5660DDA3F6CAADD209ADFC.node2?codteor=982499&filename=Avulso+-PL+1151/1995>. Acesso em 01 de junho de 2012.

²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001. p. 478.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995 (documentos anexos e referenciados). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBB5A19B5C5660DDA3F6CAADD209ADFC.node2?codteor=982499&filename=Avulso+-PL+1151/1995>. Acesso em 01 de junho de 2012.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995 (documentos anexos e referenciados). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBB5A19B5C5660DDA3F6CAADD209ADFC.node2?codteor=982499&filename=Avulso+-PL+1151/1995>. Acesso em 01 de junho de 2012.

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995 (documentos anexos e referenciados). Disponível em: <

Ao dissecar o Projeto de Lei, Álvaro Villaça Azevedo destaca os violentos posicionamentos contrários de alguns membros da Comissão, mesmo diante de um parecer favorável que explicitou a diferenciação entre o contrato que seria a parceria registrada e as espécies constitucionais de família:

“Cumprir destacar, neste passo, primeiramente, o entendimento contrário do Deputado Salvador Zimbaldi: “A desmoralização que se quer legalizar; o desmantelamento da família, com a instituição desta aberração contrária à Natureza, que criou cada espécie com dois sexos, afronta aos mais mezinhos princípios éticos da sociedade brasileira. Ao regulamentar tão estapafúrdia situação, sem mesmo fazer-se uma pesquisa, consultando a população sobre a viabilidade desta legislação, o legislador está indo abalroar a consciência coletiva de nossos cidadãos. Com a criação deste novo estado civil de ‘empareirados registrados’ estar-se-á lançando a balbúrdia nos meios jurídicos, além de imoralidade atentatória aos nobres princípios da comunidade, e isto tão-somente para beneficiar uma minoria. A lei assim como o Estado brasileiro são laicos, bem o sabemos, entretanto não podemos violentar o nosso povo, impingindo-lhe algo que repudia”.””³³

Álvaro Villaça Azevedo também menciona a dificuldade no prosseguimento do trâmite legislativo, citando as turbulentas tentativas de votação, as quais envolveram pedido de retirada de pauta por parte da autora na sessão da Câmara do dia 4 de dezembro de 1997, por temor a forte oposição existente na época, além do revés ocorrido em sessão extraordinária da referida Casa em 1998, quando a matéria deixou de ser votada devido à ameaça de boicote ao projeto de ajuste fiscal por parte dos Deputados evangélicos e católicos³⁴.

A consulta à tramitação do projeto na Câmara dos Deputados demonstra um panorama no qual pouco se alterou a situação apresentada pelo doutrinador. No ano de 2001, a matéria foi incluída em pauta de nove sessões

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=DBB5A19B5C5660DDA3F6CAADD209ADFC.node2?codteor=982499&filename=Avulso+-PL+1151/1995>. Acesso em 01 de junho de 2012.

³³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001. p. 479.

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001. p. 480.

ordinárias ou extraordinárias, sendo, por fim, retirada devido a um acordo entre os líderes ³⁵.

A última alteração na tramitação do projeto ocorreu em 14 de agosto de 2007, quando o deputado Celso Russomanno solicitou a inclusão da matéria na ordem do dia ³⁶. Porém, o projeto nunca veio a ser votado.

1.4 A União Homoafetiva na Legislação Ordinária em Geral, posterior à Constituição de 1988

Após a frustrada tentativa de disciplinar a união homoafetiva na legislação infraconstitucional, por meio do projeto de Lei 1.151 de 1995, surgiram algumas ocasiões nas quais o legislador deteve a oportunidade de se manifestar acerca do tema.

A primeira situação ocorreu com a Lei n. 9.278 de 1996, que regulamentou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal ³⁷. Novamente, até por se tratar de legislação ordinária objetivando apenas a regulamentação da Carta Constitucional, nada foi dito em relação à possibilidade da união estável se estender a casal formado por duas pessoas do mesmo sexo.

Outra oportunidade surgiria com o advento do Novo Código Civil, em 2002. Porém, novamente o assunto deixou de ser tratado, não existindo na Lei Civil ou em sua exposição de motivos, na parte reservada ao Direito de Família ³⁸, qualquer menção ao tema homossexualidade.

Deve-se frisar que o dispositivo do Código Civil referente à união estável é praticamente uma reprodução do texto constitucional, conferindo a tal espécie de família a mesma natureza restritiva, vide o artigo 1723 da lei em questão:

³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

³⁷ BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em 01 de junho de 2012.

³⁸ BRASIL. Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”³⁹.

Finalmente, passados dezessete anos do Projeto de Lei 1.151, o Poder Legislativo voltou a se movimentar no sentido de deliberar sobre o polemico tema de uma espécie de família formada por duas pessoas do mesmo sexo, em muito motivado pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277⁴⁰.

Trata-se do projeto de Lei do Senado n. 612 de 2011, da agora senadora Marta Suplicy. No parecer da relatora do projeto, senadora Lídice da Mata, verifica-se a seguinte passagem: ““ Nos termos da redação alvitada para o art. 1.723 do Código Civil, fica “reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, excluída, pois, a exigência de que a relação seja travada entre “homem e mulher”. ””⁴¹

Se aprovada, tal lei estabelecerá que a união estável prevista no Código Civil passará a ser aquela formada por duas pessoas, independentemente do sexo de cada uma delas. Porém, a modificação ocorrerá apenas na legislação ordinária. O § 3º do artigo 226 da Constituição Federal permanecerá formalmente inalterado.

³⁹ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 03 de junho de 2012.

⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas, PLS 612/2011. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/110228.pdf.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas, PLS 612/2011. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/105387.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

2. A FRÁGIL UNANIMIDADE: DIVERGÊNCIAS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.227, realizado em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, no qual foi reconhecida a procedência da união estável homoafetiva como entidade familiar⁴², deu-se por decisão unânime dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A ementa do acórdão do referido julgado recebeu a seguinte redação:

“Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequência da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.”⁴³

Apesar da unanimidade da decisão, o item cinco da ementa, intitulado “divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão”, detém a seguinte passagem:

“Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta a conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.”⁴⁴

A decisão foi unânime quanto ao provimento das demandas, mas não com relação aos seus fundamentos. De fato, os votos dos ministros supracitados foram totalmente distintos dos demais.

Em vista de tal distinção, a apreciação dos votos proferidos em tal julgamento será feita em dois blocos distintos: o primeiro, composto pelo ministro

⁴² VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana Vieira. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 20, ano 78, janeiro/março de 2012. p. 71.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 615.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 614.

Ministro Ayres Britto, Relator do processo. O outro, formado pelos Ministros Gilmar Mendes e Lewandowski, que divergiram quanto à fundamentação do provimento.

Os outros ministros da Corte Constitucional não apresentaram distinções relevantes quando comparadas a esses três votos. Por vezes, fizeram algum aparte que acalorou a discussão. Porém, nada que alterasse fundamentalmente o teor do acórdão.

As fundamentações dos dois ministros já citados serão exploradas de forma pormenorizada no terceiro capítulo deste trabalho, momento no qual serão apreciadas com um viés crítico-doutrinário.

Portanto, assim como no primeiro capítulo, este possuirá um caráter predominantemente descritivo, necessário para o enriquecimento da análise desta que foi, em período recente, uma das mais controversas atuações da Corte Suprema brasileira.

2.1. Voto do Relator

No relatório do processo, o ministro Ayres Britto fez breve resumo acerca do objeto das demandas contidas em duas ações distintas, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, de autoria da Procuradoria-Geral da República.

Quanto ao objeto da ADPF nº 132, manifestou-se o julgador da seguinte forma:

“No mérito, postula a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento desta ADPF, o autor pugna pelo seu recebimento como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), de modo a imprimir interpretação “conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1723 do Código Civil. Interpretação que, da mesma forma, resulte na não-proibição do

regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.”⁴⁵

Já em relação à ADI nº 4.277 o Relator afirmou:

““ Fazendo-o, anoto que a presente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: “ a) *que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que entendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo*” . ”⁴⁶

A semelhança entre os objetos permitiu um julgamento conjunto de ambas as ações⁴⁷. Tais objetos consistiam basicamente no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, análoga à união estável heteroafetiva, através da técnica da *interpretação conforme à Constituição*.

A utilização de tal técnica se justificaria pela existência de múltiplos significados das normas expressas no Código Civil e no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, já que tal polissemia é pressuposto para o emprego da referida técnica de controle de constitucionalidade⁴⁸.

No início de seu voto, o Relator voltou a recorrer à semelhança dos objetos, desta vez para justificar a encampação dos fundamentos da ADPF nº 132 pela ADI nº 4.277 ⁴⁹. Também comentou a conversão da ADPF nº 132 em ação direta de inconstitucionalidade:

““ Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo concentrado objeto consiste em

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 620.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 624.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 624.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 625.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 626

submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”.⁵⁰

Conhecida também a ADI nº 4.277, o Relator passou para o mérito da causa e, logo no início da fundamentação, se posicionou pelo provimento da demanda, inclusive no que concernia à *interpretação conforme à Constituição* do artigo 1.723 do Código Civil. Para o Ministro, encontrava-se na própria Constituição o amparo jurídico para sustentar a existência de uma união homoafetiva⁵¹.

Para construir tal amparo jurídico, o Magistrado utilizou-se de alguns tópicos fundamentais. O primeiro constituiu-se na impossibilidade constitucional da segregação pelo sexo da pessoa, assim descrito no acórdão:

“Prossigo para ajuizar que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos.”⁵²

O segundo tópico dizia respeito à inexistência, na Constituição, de norma definidora da forma de interação sexual, um “intencional silêncio”, nas palavras do Relator:

““ Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”⁵³

Assim, definiu o Ministro que a interpretação da Constituição resultou na indistinção entre o homem e a mulher e a total liberalidade na utilização

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 627.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 629.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 631.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 634.

da sexualidade por cada indivíduo ⁵⁴. Mais, em que temerário é quando o Direito acaba por regulamentar o “factual e axiologicamente irregulamentável”, em situação que não seja aquela na qual a sexualidade de alguém é utilizada para negar a de outrem ⁵⁵.

A conjunção de tais ideias levou o Relator a concluir que não há como a Constituição negar qualquer direito ou liberdade ao indivíduo homossexual, já que “todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade”⁵⁶.

Em razão a tal igualdade plena, impossível seria a não extensão dos direitos relativos à família ao segmento homossexual. Nas exatas palavras do Magistrado:

“Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como péticos (inciso IV do § 4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.”⁵⁷.

A cláusula de proteção estatal inserida no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal se tornaria a parte mais importante da norma, entendendo-se família em um sentido coloquial, irrelevante se formal ou informal, se formado por casal homo ou heterossexual ⁵⁸.

Outra passagem do voto reforça a ideia da proeminência da família como entidade de fato, inexistindo diferenciação entre a formalmente constituída e

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 637.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 638.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 643.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 643.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 644.

aquela informal, como também a formada por duas pessoas de sexos distintos ou idênticos:

“É assim que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por inclinação homoafetiva.”⁵⁹.

Se inexistente um conceito ortodoxo de família⁶⁰, e vigorando os preceitos supracitados, entendeu o Ministro que não há como interpretar o § 3º do artigo 226 — “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” — de forma restritiva, mesmo que contenha a frase “entre homem e a mulher”:

“Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diria Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto.”⁶¹.

O magistrado concluiu seu voto opinando pela procedência das duas ações, dando ao artigo 1.723 do Código Civil, norma que é mera reprodução do § 3º do artigo constitucional 226, *interpretação conforme à Constituição*. Inexistindo, portanto, significado restritivo que impeça o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva⁶².

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 648.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 648.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 653.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 656.

2.2 Votos dos Ministros que decidiram pela Procedência da Ação em Termos Distintos do Relator

2.2.1 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

A literalidade do texto foi uma clara opção do constituinte, no exato sentido de reconhecer apenas a união estável heteroafetiva. Sem uma alteração formal do texto, seria inexistente a possibilidade de uma união estável de outra espécie que não a prevista na Constituição⁶³. Esta é a síntese da divergência sustentada pelo ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, descrito a seguir.

O ministro Lewandowski optou por iniciar seu voto com uma resenha acerca do conceito de família nas Constituições anteriores à atual, ressaltando que todas ligavam o instituto ao casamento⁶⁴. Logo após esta explanação histórica, passou o Julgador ao apreço das três espécies de família existente na Carta Magna de 1988⁶⁵.

Já dissertando especificamente acerca da união estável, o Julgador explicou seu entendimento de que o legislador originário remeteu o conceito de tal espécie familiar à legislação infraconstitucional, respeitando-se as “balizas do texto magno”⁶⁶, definidas pelo § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Na esteira da leitura do referido artigo constitucional, o Ministro afirmou o seguinte:

“Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável,

⁶³ VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana Vieira. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 20, ano 78, janeiro/março de 2012. p. 70.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 708.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 709.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 710.

estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental”⁶⁷.

Segundo o Ministro, o assunto foi discutido na Assembleia Nacional Constituinte, quando ficou clara a opção do legislador em definir a união estável como a espécie de família formada unicamente por pessoas de sexo distinto, já que intencionalmente utilizou-se de oração restritiva “entre o homem e a mulher” ao definir o conceito⁶⁸.

Tais argumentos foram utilizados pelo Julgador para embasar um dos esteios de sua fundamentação, conforme o abaixo transcrito:

““ Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.””⁶⁹.

Ainda nas palavras do Ministro, “a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*”⁷⁰.

A união duradoura entre pessoas do mesmo sexo seria então uma nova forma de família, não descrita expressamente no texto constitucional, mas extraída da Carta Magna a partir de uma leitura sistemática de certos princípios como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da preservação da intimidade e da não discriminação ⁷¹.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 711.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 711.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 712.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 713.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 713.

Na opinião do Julgador, para a conceituação da nova espécie familiar, ausente da lei, utilizar-se-ia da interpretação analógica, conforme extrato de seu voto:

“Como se sabe, na ausência de regramento constitucional específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.”⁷²

Entendeu o Ministro que, diante de omissão legislativa frente a um fato posto — a existência dos inúmeros casais homoafetivos —, surge a necessidade da criação de arcabouço jurídico visando estender a proteção do Estado a tal grupo legalmente desamparado⁷³.

Mesmo opinando pela necessidade da proteção, em outra passagem de seu voto, o Julgador voltou a ressaltar o raciocínio da não-substituição da vontade do legislador originário:

“O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.”⁷⁴

Ou seja, a união homoafetiva seria uma entidade autônoma, tendo relação com a união estável da Constituição apenas por ser esta o instituto mais próximo, devendo por isso ser usado como base de regras para a primeira, dentro do fundamento da utilização da integração analógica⁷⁵.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 714.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 717.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 718.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 719.

A conclusão do Ministro foi pela procedência das ações, com a incidência de aplicação das regras da união estável da Constituição à reconhecida união homoafetiva, até que o Legislador delibere sobre a questão⁷⁶.

2.2.2 Voto do Ministro Gilmar Mendes

O Ministro Gilmar Mendes demonstrou preocupação quanto à possibilidade de se fazer uma *interpretação conforme* de uma norma clara que apenas reproduz o texto constitucional⁷⁷.

Porém, reconheceu que a norma em vigor à época do julgamento impedia a formalização das uniões homoafetivas, fato que inclusive motivou o autor da ADPF 132 a pleitear perante a Corte Suprema⁷⁸.

Assim, durante discussão travada com os outros ministros, anterior ao seu voto propriamente dito, desde logo assumiu o Julgador que o Supremo Tribunal Federal estava desempenhando o papel de legislador positivo. Em suas próprias palavras:

“Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive a oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma reposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo.”⁷⁹

Tal situação de legislação positiva adviria da inércia do Congresso em deliberar sobre o tema, inércia esta resultante da relutância dos parlamentares em lidar com o polêmico assunto. O Ministro citou inclusive as dificuldades sofridas

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 719.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 728.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 728.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 729.

pela então candidata Dilma Rousseff ao se pronunciar sobre a questão homoafetiva, quando das eleições presidenciais ⁸⁰.

Diante da questão posta, o Julgador questionou se a opção da *interpretação conforme* seria a mais adequada, já que a própria Constituição define que a união estável é aquela entre homem e mulher ⁸¹. Tal opção, mesmo que evocando princípios existentes na Carta Magna, poderia, na visão do Ministro, redundar em um voluntarismo que deslegitimaria a Corte Suprema ⁸².

No voto propriamente dito, o ministro Gilmar Mendes reservou tópico inteiro para comentar a adequação ou não da *interpretação conforme à Constituição*, já que o pedido contido nas ações ia nesse sentido.

Salientou então o Julgador que tal técnica interpretativa poderia ser o mote gerador de certos problemas, principalmente com relação aos limites de sua utilização:

“Não é necessário muito esforço hermenêutico para se constatar, de pronto, que o pedido, tal como formulado, poderia suscitar sérios questionamentos quanto aos limites de utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição, tema que instiga uma série de controvérsias na teoria constitucional e na prática dos Tribunais Constitucionais.”⁸³

O Ministro insistiu quanto ao problema dos limites da *interpretação conforme*, detalhando-os em outra passagem do voto:

“Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configura violência contra expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 730.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 733.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 734.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 754.

alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”⁸⁴.

Contudo, segundo o Julgador, a busca pela intenção do legislador é evitada, se a interpretação puder ser efetuada dentro dos limites da literalidade do texto ⁸⁵. Até porque a “eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original” do legislador ⁸⁶.

Na esteira de tais alterações, e após citar diversos julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, o Ministro concluiu que a Corte abandonava progressivamente o dogma do legislador negativo, passando exercer uma benéfica atuação criativa, principalmente no que tange à efetivação dos direitos e garantias fundamentais⁸⁷.

Mesmo chegando à conclusão do parágrafo anterior, ponderou o Julgador acerca da necessidade de reflexão sobre as consequências normativas da *interpretação conforme* do artigo 1.723 do Código Civil ⁸⁸. Tal raciocínio pode ser extraído da seguinte passagem do voto:

“Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.”⁸⁹

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 754.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 755.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 755.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 756.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 761.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 765.

Se o texto do Código Civil reproduz aquilo que está previsto na Constituição, a *interpretação conforme* somente seria justificável caso a união estável entre homem e mulher, como conceito jurídico, estivesse impedindo o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo ⁹⁰.

Apesar de apoiar a *interpretação conforme*, no caso de se reconhecer impedimento gerado pela norma civil e, conseqüentemente, constitucional, entendeu o Ministro que o texto legal não proibiu a união entre pessoas do mesmo sexo, devendo tal entidade ser baseada em outros princípios constitucionais, e não na regra do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal ⁹¹.

Avançando na argumentação, o terceiro item do voto foi utilizado pelo Ministro para, entre outras coisas, tratar da legitimidade da pretensão definida pela união entre pessoas do mesmo sexo. Para o Julgador, tal realidade seria um fato da vida desprovido de regulamentação jurídica ⁹².

A falta de regulamentação passaria pela controvérsia política que envolve a matéria⁹³. Diversos projetos de lei sobre o tema foram arquivados ou continuavam em tramitação até o momento do julgamento. O Ministro deu especial destaque ao projeto de Lei nº 1.151/1995, de autoria da então Deputada Marta Suplicy⁹⁴, assunto já apreciado no primeiro capítulo deste trabalho.

Após citar diversas iniciativas legislativas, locais e federais, o Ministro concluiu que a complexidade do tema impediu qualquer resultado prático-normativo, apesar das sucessivas deliberações por parte do Congresso Nacional ⁹⁵.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 766.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 766.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 768.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 771.

⁹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 774.

Ainda no terceiro item, dedicou-se o Ministro ao direito comparado. O Julgador extraiu como conclusão dos casos utilizados a título exemplificativo a complexidade da matéria e, em decorrência, o longo tempo demandado para o amadurecimento e edição de normas regulamentadoras⁹⁶.

Em mais uma subdivisão do terceiro tópico, o Julgador realçou o caráter de afirmação de minorias inerente ao reconhecimento da união homoafetiva, sintetizado na seguinte passagem do voto:

“Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.”⁹⁷

O quarto tópico do voto foi reservado para o apreço da ideia de lacuna valorativa. A não-vedação constitucional e a inexistência de tratamento por parte da Carta Magna quanto à união homoafetiva constituiriam tal lacuna⁹⁸. Porém, a reação da Corte, no sentido de simplesmente estender os efeitos jurídicos da união estável à formada por pessoas do mesmo sexo, poderia acarretar implicações práticas e jurídicas de natureza imprevisível⁹⁹.

Se o texto constitucional é possuidor de caráter aberto, o Ministro opinou que, diante de uma lacuna axiológica, surgiria a possibilidade da aplicação estritamente analógica do cabível e do possível¹⁰⁰, e não, como explicitado no parágrafo anterior, a mera extensão dos efeitos de um instituto para o outro.

Assim, o caráter aberto da Constituição permitiria o amparo da união homoafetiva por fundamentos distintos daqueles determinados pelo parágrafo 3º do artigo 226, nas palavras do Ministro, da seguinte forma:

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 778.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 778.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 788.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 789.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 792.

“A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia da não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto”¹⁰¹

O Ministro iniciou a conclusão de seu voto afirmando que concordava com as linhas gerais do raciocínio apresentado pelo relator do processo, Ministro Ayres Britto. Porém, ao mesmo tempo, alertou quanto a existência de divergências no tocante à fundamentação ¹⁰²:

“Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas -, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a aplicação do pensamento do possível.”¹⁰³

Nesta divergência também se incluíam as preocupações concernentes às consequências relativas à atuação do Tribunal Constitucional como legislador positivo, no caso da utilização da *interpretação conforme*. O Ministro então passa a citar algumas destas situações, decorrentes da simples equiparação da união homoafetiva com aquela formada por um homem e uma mulher passíveis de gerarem celeumas jurídicas¹⁰⁴. Como exemplos, as questões relativas à filiação e

¹⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 800.

¹⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 801.

¹⁰³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 801-802.

¹⁰⁴VARGAS, Fábio de Oliveira. *União homoafetiva: Direitos sucessórios e novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 98-99.

adoção; a conversão da união em casamento; impostos; vedação ao nepotismo; legislação eleitoral; repercussões no âmbito penal ¹⁰⁵.

A conclusão final do Ministro foi no sentido do provimento da demanda, dentro daquele raciocínio do pensamento do possível, invocando o modelo da união estável naquilo que for cabível, sem adentrar nos possíveis desdobramentos supracitados ¹⁰⁶. A atuação da Corte, de certa forma além de suas atribuições, estaria respaldada pelo fato de a inércia do legislador afrontar a proteção de direitos fundamentais de uma minoria ¹⁰⁷, pensamento expresso pelo Julgador quando afirma que “é dever de proteção do Estado e, *ultima ratio*, é dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concebida pelo órgão competente”¹⁰⁸.

¹⁰⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 802.

¹⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 803.

¹⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 804.

¹⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 806.

3. O NOVO SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

No primeiro capítulo deste trabalho de conclusão de curso verificou-se a lenta evolução do instituto família na história republicana brasileira. Modalidades distintas do casamento somente obtiveram menção constitucional explícita quando do advento da Constituição Federal de 1988.

Com relação a essa última Carta Política, observou-se em sua elaboração o esforço, por parte do poder constituinte originário, para restringir o sentido da união estável de forma que tal preceito compreendesse apenas a união entre homem e mulher.

Finalizando o capítulo um, explorou-se brevemente o trato legislativo quanto à possibilidade da união homoafetiva, notadamente o Projeto de Lei nº 1.151, que, como visto, foi infrutífero em termos de produção legal.

Já no segundo capítulo, foram pormenorizados em dois blocos distintos os votos proferidos por três ministros no julgamento em conjunto da ADPF número 132 com a ADI número 4.277: o do relator, ministro Ayres Britto, que reconheceu a utilização da técnica de *interpretação conforme à Constituição* do artigo 1.723 do Código Civil, mesmo diante do fato de tal norma ser mera reprodução de um artigo da Constituição; e os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowsky, os quais suscitaram questionamento quanto à utilização daquele “instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade”¹⁰⁹ seria como forma adequada de tratar a demanda.

Neste último capítulo, serão abordados o instituto da *interpretação conforme à constituição* — não somente como instrumento de controle de constitucionalidade, mas também como verdadeiro princípio da hermenêutica constitucional¹¹⁰ — ; a utilização de tal mecanismo no artigo 1.723 do Código Civil; a interpretação do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, como consequência da

¹⁰⁹COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

¹¹⁰COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 155.

técnica decisional que atribuiu novo sentido à norma civil, a qual é mera reprodução do artigo constitucional; e, por fim, a constatação da existência, ou não, de uma mutação constitucional gerada pelo referido julgamento.

3.1. Requisitos e Limites da Interpretação Conforme à Constituição

Antes de verificar a aplicação da técnica ao caso concreto, se faz necessário uma breve introdução conceitual.

Segundo Konrad Hesse, trata-se de um princípio interpretativo que objetiva a preservação de uma lei infraconstitucional:

“Segundo esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição. Esta “consonância” não existe apenas onde a lei, sem que se recorra a pontos de vista jurídico-constitucionais, comporta uma interpretação compatível com a Constituição; pode ter lugar, também, quando um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei se torna preciso graças ao conteúdo da Constituição.”¹¹¹

Ainda tratando o conceito como princípio de hermenêutica, Canotilho afirma que, no caso de normas com múltiplos significados, deve ser dada preferência à interpretação que atribua um sentido em conformidade com a Constituição. Dentre as várias dimensões desse princípio, encontra-se aquele que diz que deve-se manter a constitucionalidade de uma norma quando, observada sua finalidade, possa ser interpretada conforme a Carta Política¹¹².

Em definição bastante similar à utilizada pelo doutrinador português, Inocêncio Mártires Coelho afirma tratar-se de princípio orientador aos aplicadores da Constituição, quando defrontados com eventual multiplicidade de sentidos em determinada norma infraconstitucional. No caso, deve o aplicador buscar o significado que torne tal norma consoante com o ordenamento constitucional¹¹³.

Além de princípio, em uma acepção mais restrita, não se considera a *interpretação conforme* como simples regra de hermenêutica e sim como

¹¹¹HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.

¹¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1226.

¹¹³COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

instrumento próprio do controle de constitucionalidade, conforme a explicação de Jorge Miranda:

“(…)Além da acepção genérica acabada de indicar – se bem que com base nela – existe uma acepção específica. Não é uma regra de interpretação mas um método de fiscalização da constitucionalidade; e justifica-se em nome de um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos actos jurídicos – e não de uma presunção de constitucionalidade da norma.”¹¹⁴

Nesse sentido, é oportuno citar parte da ementa do acórdão proferido na Representação 1417-7/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado que, por sua vez, é mencionado por Inocêncio Mártires Coelho¹¹⁵ e Luis Henrique Martins dos Anjos¹¹⁶ como modelo para utilização da técnica de decisão no Brasil:

“O Princípio da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas uma simples regra de interpretação.”¹¹⁷

“(…) A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”

Dentro desse contexto de diferenciação, Luis Henrique Martins dos Anjos explica que as regras interpretativas podem ser utilizadas livremente por qualquer aplicador do Direito. Porém, um intérprete comum não pode valer-se da *interpretação conforme* no cotidiano judicial. O instrumento é reservado apenas ao Supremo Tribunal Federal como técnica de controle de constitucionalidade¹¹⁸.

¹¹⁴MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 267.

¹¹⁵COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 167.

¹¹⁶ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Debates em Direito Público*, Brasília, nº 3, outubro de 2004. p. 128.

¹¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-7 Distrito Federal. Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 09 de dezembro de 1987. p. 33.

¹¹⁸ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Debates em Direito Público*, Brasília, nº 3, outubro de 2004. p. 128.

A justificativa para a existência da *interpretação conforme à Constituição*, seja como princípio ou técnica de decisão, funda-se em dois elementos distintos: os princípios da presunção de constitucionalidade das normas¹¹⁹ e do máximo aproveitamento dos atos jurídicos normativos¹²⁰. O primeiro define que, sendo elaborada dentro dos padrões constitucionais estabelecidos, presume-se que a norma produzida pelo legislador democrático esteja de acordo com a Carta Política; já o segundo refere-se a em aproveitar o máximo possível do ordenamento posto. Em ambos os casos, busca-se a solução que evite a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional¹²¹.

Quanto aos limites de utilização da *interpretação conforme à Constituição*, Konrad Hesse afirma não ser possível atribuir sentido contrário ao texto e sentido da norma, ou sua finalidade legislativa, sendo esta não a vontade subjetiva do legislador, mas o que por ele foi pretendido¹²². Luis Henrique Martins dos Anjos sustenta que “(...) se, para poder salvar o texto, o Supremo tiver que aviltar tanto o que está escrito, a ponto de transformar o ato, então não é o caso de salvar o texto, e, sim, o caso de declarar a sua inconstitucionalidade”¹²³.

Já J. J. Gomes Canotilho define que o instituto somente deve ser utilizado quando existente um espaço de interpretação, ou seja, várias definições possíveis para a norma, além de ser vedado um resultado diferente daquele objetivado pelo legislador e contrário ao sentido literal claramente reconhecível no texto¹²⁴.

¹¹⁹HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 120.

¹²⁰MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 267.

¹²¹ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Debates em Direito Público*, Brasília, nº 3, outubro de 2004. p. 129.

¹²²HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

¹²³ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Debates em Direito Público*, Brasília, nº 3, outubro de 2004. p. 131.

¹²⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1226.

Ainda sobre os limites da *interpretação conforme*, a ementa do acórdão proferido na Representação 1417-7 apresenta um tópico no qual a ideia é sintetizada:

“No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme a Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.”¹²⁵.

Após a explanação doutrinária contida nos parágrafos anteriores, é possível destacar alguns pontos fundamentais da interpretação conforme a Constituição. Seja como princípio ou técnica de decisão, há a necessidade de uma norma possuir múltiplos significados¹²⁶ ou conteúdo eivado de ambiguidade e indeterminação¹²⁷, utilizando, respectivamente, as terminologias empregadas por Inocêncio Mártires Coelho e Konrad Hesse.

Ainda com relação à norma objeto da fiscalização exercida por meio da *interpretação conforme à Constituição*, esta deve, necessariamente, possuir caráter infraconstitucional¹²⁸. Não há possibilidade da utilização do referido instrumento em normas constitucionais elaboradas pelo poder constituinte originário, definido pela respectiva teoria de poder como autônomo e ilimitado¹²⁹.

Ressalve que há o entendimento de que é possível o exercício do controle de constitucionalidade nas emendas à Constituição, normas de caráter constitucional, mas criadas pelo poder constituinte derivado, este, por sua vez, limitado pela Carta Política em vigor¹³⁰.

¹²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-7 Distrito Federal. Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 09 de dezembro de 1987. p. 01.

¹²⁶COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

¹²⁷HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

¹²⁸COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

¹²⁹BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 20.

¹³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7 Distrito Federal. Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio. Relator: Ministro Sidney Sanches. 18 de março de 1994.

Além de tais pressupostos, também ficam claros os limites da *interpretação conforme à Constituição*: o sentido literal claramente reconhecível no texto¹³¹ e a pretensão objetiva do legislador¹³².

3.2 Interpretação Conforme à Constituição do Artigo 1.723 do Código Civil

Após as considerações teóricas imprescindíveis ao prosseguimento deste trabalho, é possível realizar o estudo crítico dos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e da ADPF 132, pormenorizados no capítulo dois.

Encampados os fundamentos da ADPF 132 pelos da ADI 4.277, definiu-se um objeto comum às duas ações: a atribuição de novo sentido ao artigo 1.723 do Código Civil, através da técnica da *interpretação conforme à Constituição*, com a finalidade de impedir qualquer interpretação discriminatória que impossibilite a união estável homoafetiva¹³³.

Posicionando-se desde logo pela utilização da referida técnica de controle e pelo provimento da demanda¹³⁴, o relator argumentou que a Constituição Federal proíbe a discriminação dos indivíduos pelo sexo de cada um¹³⁵, além de não prescrever expressamente nenhuma forma de interação sexual, em um “intencional silêncio” normativo¹³⁶.

O Relator sustentou a existência de polissemia nas normas estaduais citadas na ADPF 132¹³⁷. Porém, em nenhum momento foi mencionada pluralidade de significados com relação ao artigo 1.723. Apenas justificou-se a

¹³¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1226.

¹³²HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

¹³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 627. O voto do relator encontra-se pormenorizado no capítulo dois deste trabalho.

¹³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 631.

¹³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 631.

¹³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 634.

¹³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 625.

necessidade da *interpretação conforme* do referido artigo como pressuposto para que o Estado do Rio de Janeiro reconhecesse a união estável homoafetiva¹³⁸.

Portanto, utilizou-se a *interpretação conforme à Constituição* no artigo 1.723 do Código Civil, norma infraconstitucional que detém a seguinte redação:

*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*¹³⁹

De acordo com a definição empregada pelo dicionário Houaiss, “homem” é o vernáculo que define o ser humano do sexo masculino¹⁴⁰, enquanto “mulher” refere-se ao sexo feminino¹⁴¹. Portanto, existe certa dificuldade em encontrar múltiplos significados no texto acima transcrito. Não se identifica facilmente ambiguidade ou indeterminação, os substantivos utilizados por Konrad Hesse¹⁴².

Assim, estaria ausente um daqueles já citados pressupostos definidos na doutrina como necessários ao emprego da *interpretação conforme à Constituição* — a multiplicidade de significados. Mais do que isso: a nova leitura proposta pelo relator, atribuindo um sentido mais abrangente à norma¹⁴³, ultrapassaria um daqueles limites determinados como intransponíveis na utilização da técnica decisional, pois restaria violada a literalidade clara do texto¹⁴⁴.

Mencionadas a literalidade do texto e a polissemia, são oportunas algumas considerações acerca da interpretação das normas jurídicas. Os clássicos repudiavam a interpretação da lei. Montesquieu defendia que o juiz, sendo ser

¹³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 628.

¹³⁹BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 03 de junho de 2012.

¹⁴⁰HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1031.

¹⁴¹HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1328.

¹⁴²HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

¹⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 629.

¹⁴⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1226.

inanimado, não poderia “nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”, pois era apenas a “boca que pronuncia as palavras da lei”¹⁴⁵. Já Cesare Beccaria definia a interpretação judicial como “um mal” a ser evitado¹⁴⁶.

Já com Hans Kelsen observa-se uma mudança quanto ao papel da hermenêutica jurídica. Passa-se a se admitir a existência de um espaço discricionário, já que o juiz, reconhecido como figura criadora do direito, é relativamente livre, mas menos que o legislador¹⁴⁷. Dentro dessa liberdade, existem inúmeras possibilidades de preenchimento do espaço denominado como moldura, que será complementada por um ato de vontade do julgador¹⁴⁸.

Atualmente, é notório que o mero texto legal, em si, não é direito, mas apenas ponto de partida do “balançar de olhos”¹⁴⁹ entre o geral e o particular, entre a norma, o caso concreto e a sentença¹⁵⁰.

Porém, como o próprio ministro Lewandowski citou em seu voto proferido no julgamento ora em apreço, aos juízes é permitida a utilização de técnicas de interpretação para se chegar à vontade original do legislador e combiná-la com o contexto coletivo da época, mas dentro de limites objetivamente delineados¹⁵¹. No caso da técnica da *interpretação conforme*, a literalidade é um desses limites¹⁵².

Não é outra a opinião do Ministro Gilmar Mendes, que, em seu voto, afirmou ser a literalidade do texto um dos limites à *interpretação conforme* à

¹⁴⁵MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 175.

¹⁴⁶BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003. p. 25.

¹⁴⁷KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2009. p.393.

¹⁴⁸KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2009. p.394.

¹⁴⁹COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

¹⁵⁰COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

¹⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 713.

¹⁵²ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Debates em Direito Público*, Brasília, nº 3, outubro de 2004. p. 129.

Constituição, evitando-se, inclusive, a necessidade da busca pela “vontade do legislador”¹⁵³.

Mesmo que ultrapassada a literalidade do texto, o outro óbice limitativo permanece. A vontade do legislador é nitidamente contrária ao enquadramento da união entre pessoas do mesmo sexo na modalidade familiar definida no artigo 1.723 do Código Civil.

Chega-se a tal conclusão utilizando-se o conjunto de informações suscitadas no primeiro capítulo deste trabalho. O trâmite do projeto de Lei nº 1.151, que tratava da regulamentação de um tipo de união homoafetiva distinta da estável, permanece efetivamente imobilizado na Câmara dos Deputados¹⁵⁴. Outro projeto de Lei, este do Senado, que objetiva a alteração do artigo 1.723 do Código Civil, convertendo sua expressão “entre o homem e a mulher” em “entre duas pessoas”, ainda não existia na época do julgamento¹⁵⁵.

De maior relevância são os seguintes fatos: o Código Civil atual entrou em vigor depois do advento do projeto de Lei nº 1.151 e, não detém, em suas linhas, nenhuma menção à união entre pessoas do mesmo sexo¹⁵⁶; o artigo 1.723 da atual norma cível é mera reprodução do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal¹⁵⁷, que, por sua vez, possui a seguinte letra:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 754.

¹⁵⁴BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

¹⁵⁵BRASIL. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas, PLS 612/2011. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/105387.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

¹⁵⁶BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21 de setembro de 2012.

¹⁵⁷BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

Ao observar os trâmites da Assembleia Nacional Constituinte, verifica-se que legislador originário optou por um texto constitucional no qual ficasse claro que a união estável seria aquela formada por um homem e uma mulher.

Em dado momento, quando se suprimiu a expressão “entre homem e mulher” da primeira versão do artigo relativo à família¹⁵⁸, um constituinte chegou a mencionar, na justificativa de sua emenda, que “permitir que indivíduos do mesmo sexo se constituam em família seria, no mínimo, intolerável”¹⁵⁹. Já em fase de votação no plenário, decidiu-se pelo texto que impedisse “qualquer malévola interpretação” do texto constitucional¹⁶⁰.

Tais evidências quanto à “vontade do legislador” não passaram despercebidas no julgamento da ADI 4.277. O ministro Lewandowski mencionou que não há dúvida em relação à opção do constituinte originário, qual seja, a “impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável”¹⁶¹.

Por fim, aproveitando a supramencionada remissão do texto do artigo 1.723 do Código Civil à similar norma constitucional¹⁶², é necessário constatar outro impedimento à utilização da *interpretação conforme à Constituição* neste caso em especial: se a união estável também se encontra expressamente definida pela Carta Política, de nada adiantaria a atribuição de um novo sentido apenas à norma infraconstitucional. Seria necessário dar-se um novo significado também ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal

¹⁵⁸BRASIL. Câmara dos Deputados. Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012. p. 3.

¹⁵⁹BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao Projeto de Constituição nº 16572, fase M, constituinte Nyder Barbosa. Apresentada em 13 de agosto de 1987.

¹⁶⁰BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). p. 209.

¹⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 712.

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 710.

Porém, como mencionado anteriormente, não existe a possibilidade de utilizar a técnica de controle de constitucionalidade em normas constitucionais¹⁶³. Para desatar tal imbróglio jurídico, o Supremo Tribunal Federal foi obrigado a buscar um novo sentido para a Constituição¹⁶⁴.

3.3 A Mutação Constitucional do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Conforme o exposto na penúltima seção, a utilização da técnica da *interpretação conforme à Constituição* na análise do artigo 1.723 do Código Civil obrigou o Supremo Tribunal Federal a interpretar uma norma inserida na própria Carta Política, o § 3º do artigo 226.

Com base na situação acima descrita, suscita-se o seguinte questionamento: teria, então, ocorrido o fenômeno doutrinariamente chamado mutação constitucional? Para responder tal pergunta é necessária uma sucinta explanação conceitual, a exemplo do que foi feito anteriormente.

No começo do século XX, buscando explicar certa instabilidade nas normas constitucionais¹⁶⁵, Georg Jellinek definiu um fenômeno transformador distinto das reformas formais de uma Constituição:

“Por reforma de La Constitución entiendo la modificación da los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.”¹⁶⁶

Em acepção mais moderna, Konrad Hesse utiliza-se de declaração do Tribunal Constitucional da Alemanha para afirmar que a mudança de significado de um preceito constitucional pode ocorrer diante da incidência de fatos novos, e imprevistos ou conhecidos, mas recém inseridos no processo evolutivo¹⁶⁷.

¹⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 613.

¹⁶⁵ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constituicion*. Madrid: Editora Madrid, 1991. p. 6.

¹⁶⁶ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constituicion*. Madrid: Editora Madrid, 1991. p. 7.

¹⁶⁷ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 148.

No Brasil, Anna Candida da Cunha Ferraz definiu mutação constitucional como uma alteração não na letra, mas no sentido do texto expresso de uma norma constitucional, ocorrida em decorrência de interpretação judicial, dos costumes ou das leis. Em geral, tais alterações são lentas e somente perceptíveis quando se compara o significado novo com o antigo, separados cronologicamente¹⁶⁸.

O conceito empregado por Uadi Lammêgo Bulos não guarda grande distinção em relação ao utilizado por Anna Candida da Cunha Ferraz. Preservando-se a letra do texto constitucional, o novo sentido a ele atribuído, não ressaltado até o momento da mutação, surgiria pela interpretação, pela construção ou pelos usos e costumes¹⁶⁹.

Quanto à incidência desse fenômeno, Inocêncio Mártires Coelho afirma que a mutação constitucional ocorre como resultado do somatório da indeterminação e polissemia próprias da linguagem constitucional com a superveniência de fatores externos que a Constituição objetiva regular¹⁷⁰.

De posse de tais conceitos acerca da mutação constitucional, passa-se à verificação da existência do fenômeno como resultado da *interpretação conforme à Constituição* do artigo 1.723 do Código Civil, efetuada no julgamento em conjunto da ADI 4.277 com a ADF132.

O relator utilizou como um dos fundamentos para a aplicação da referida técnica de decisão a vedação constitucional à segregação das pessoas pelo sexo¹⁷¹, expressa no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal¹⁷². O outro

¹⁶⁸FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 09.

¹⁶⁹BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

¹⁷⁰COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 180.

¹⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 631.

¹⁷²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

elemento justificador suscitado foi um “intencional silêncio” da Carta Política com relação à forma de interação sexual entre os indivíduos¹⁷³.

Segundo o relator, os referidos fundamentos não levariam a outra conclusão que não a igualdade plena entre as pessoas, independentemente de qualquer opção sexual¹⁷⁴. Tal conclusão levou o ministro a questionar se a Constituição vedaria a união familiar entre dois indivíduos do mesmo sexo¹⁷⁵.

A conclusão da interpretação constitucional efetuada pelo relator foi a seguinte: somente ao *caput* do artigo 226 foi efetivamente atribuído efeito de cláusula de proteção estatal, não existindo na Carta Política qualquer conceito ortodoxo de família¹⁷⁶. Ou seja, independentemente da existência do § 3º no referido artigo, o qual define expressamente a união estável como aquela formada por “homem e mulher”, não há que se falar em interpretação que restrinja seus efeitos em detrimento de um casal homoafetivo¹⁷⁷.

Na ementa do acórdão do referido julgamento é clara a opção da Corte por acompanhar o relator. O item de número quatro afirma que:

“a referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas(...) Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro.”¹⁷⁸

O texto do acórdão é explícito. Para efeito de união estável não se deve ler mais a expressão “homem e a mulher” inserida no § 3º, mas “duas

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 634.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 643.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 643.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 644.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 653.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 613.

peças”. Alterou-se o sentido da norma constitucional sem modificar-lhe o texto. Trata-se, portanto, de uma evidente mutação constitucional¹⁷⁹.

A interpretação constitucional efetuada pela Corte gerou uma mutação constitucional. Trata-se de uma “interpretação constitucional judicial”, definida por Anna Candida da Cunha Ferraz como meio interpretativo capaz de gerar uma mudança informal de sentido na Constituição¹⁸⁰.

Diante da alteração do sentido da Constituição, a literalidade do texto é novamente suscitada, só que agora em nível constitucional. O § 3º do artigo 226 é claro e não contém ambiguidade. Konrad Hesse, que admite a necessidade da interpretação no momento em que Carta Política não apresenta uma terminologia conclusiva, adverte que frente à inexistência de dúvidas quanto ao significado de uma norma constitucional, não haveria motivo para o aplicador utilizar-se da interpretação, mas apenas de um mero processo de compreensão¹⁸¹.

Ainda acerca da interpretação judiciária como meio de mutação constitucional, é necessário suscitar certo embate doutrinário entre duas correntes distintas. Tal conflito foi descrito por Canotilho¹⁸² e Inocêncio Mártires Coelho¹⁸³, os quais o definiram como a oposição entre “interpretativistas” e “não interpretativistas” da hermenêutica constitucional.

O primeiro grupo defende o ideário no qual o princípio democrático deve prevalecer quando se efetua uma interpretação constitucional. Ao aplicador não é vedado interpretar. Porém, a predominância do referido princípio impede a criatividade judicial em sentido forte, pois assim não sendo correr-se-ia o risco de entrância em área especificamente política¹⁸⁴. Ou seja, como a Constituição determina a competência política da criação de normas ao legislador, qualquer

¹⁷⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2012. p. 152.

¹⁸⁰FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 54-55.

¹⁸¹HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

¹⁸²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1195.

¹⁸³COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

¹⁸⁴COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

atuação judiciária nesse sentido, mesmo que sustentada por princípios como a liberdade e a justiça, feriria a limitação do poder e a organização democrática do Estado¹⁸⁵.

Já a vertente contrária advoga pela atribuição de uma ampla competência interpretativa e criativa aos magistrados, em nome de outros princípios que, além do democrático, compõem o sentido material da Constituição¹⁸⁶. Tal atividade criativa seria possível devido ao caráter aberto e indeterminado da norma constitucional¹⁸⁷, a qual só adquire efetividade se concretizada pela mediação de seus aplicadores¹⁸⁸.

No momento em que parece filiar-se ao segundo grupo, Inocêncio Mártires Coelho toma como exemplo a atuação da Suprema Corte americana, elogiando-a ao afirmar que através de “radicais mutações constitucionais” se tem mantido estável à Carta Política daquele país nos últimos duzentos anos¹⁸⁹.

Relacionando a supracitada divergência com o caso em comento, encontra-se a mordaz crítica feita por Lenio Luiz Streck à criatividade judicial. Aduz, ao comentar especificamente sobre uma interpretação extensiva do texto constitucional, que não se pode substituir o papel do legislador utilizando-se princípios inseridos na própria Constituição¹⁹⁰, pois assim enveredar-se-ia por um cenário de grande insegurança jurídica¹⁹¹.

Em parecer similar, Andréa Maria Vieira critica a postura pró-ativa da Corte Suprema, chegando a afirmar que “da análise detalhada dos fundamentos

¹⁸⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1196.

¹⁸⁶COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

¹⁸⁷MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

¹⁸⁸COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

¹⁸⁹COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109.

¹⁹⁰STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, nº 2, julho/dezembro de 2009. p. 81.

¹⁹¹STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, nº 2, julho/dezembro de 2009. p. 80.

utilizados pelos ministros, vê-se que o Supremo pretendeu proteger a Constituição dela mesma”¹⁹².

Além de tais tipos de crítica, as quais atacam diretamente a legitimidade da Corte Suprema brasileira, é de se notar que os efeitos da referida mutação constitucional podem gerar o temerário cenário da insegurança jurídica¹⁹³.

Como mencionado pelo ministro Gilmar Mendes, diversas questões atreladas à matéria “família” ficaram sujeitas a todo tipo de incerteza¹⁹⁴. O rol de situações é considerável: pensão alimentícia caso dissolvida a união estável; adoção conjunta; opção pelo sobrenome; parceiro dependente previdenciário e de servidor público; herança; visita íntima em caso de parceiro preso; etc.¹⁹⁵.

Basta observar a letra do § 3º do artigo 226 para se notar uma provável celeuma jurídica, já que, depois de estabelecida a união estável, deve “a lei facilitar sua conversão em casamento”¹⁹⁶. O assunto “casamento” não foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, e, portanto, entende-se que em princípio não foi estendida tal possibilidade a um casal homoafetivo¹⁹⁷.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a um Recurso Especial no qual se pleiteava o reconhecimento de um casamento entre indivíduos do mesmo sexo, utilizando, inclusive, a decisão do Supremo Tribunal Federal como fundamento¹⁹⁸.

¹⁹²VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana Vieira. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 20, ano 78, janeiro/março de 2012. p. 77.

¹⁹³VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana Vieira. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 20, ano 78, janeiro/março de 2012. p. 76.

¹⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 05 de maio de 2011, p. 802.

¹⁹⁵VARGAS, Fábio de Oliveira. *União homoafetiva: Direitos sucessórios e novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 98-99.

¹⁹⁶BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

¹⁹⁷VARGAS, Fábio de Oliveira. *União homoafetiva: Direitos sucessórios e novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 101.

¹⁹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 01 de fevereiro de 2012.

Como já explanado no capítulo dois, o procedimento adotado pela Corte não foi unânime. Adotando uma postura aparentemente fiel ao interpretativismo, o ministro Lewandowski chegou a manifestar-se expressamente pela impossibilidade de uma mutação constitucional, alegando que o legislador originário quis restringir o significado de família¹⁹⁹.

Ainda quanto à dissidência entre os julgadores, tanto o ministro Lewandowski²⁰⁰ quanto o ministro Gilmar Mendes²⁰¹ posicionaram-se pela existência de uma lacuna valorativa, que seria preenchida pelo emprego da analogia com os parâmetros da união estável heteroafetiva. Porém, mesmo que tal solução fosse adotada pela maioria da Corte, não seria imune à crítica, já que há entendimento pelo qual não existe nenhuma lacuna a ser colmatada²⁰².

Apreciar a questão de preenchimento de lacuna valorativa não é o objetivo deste trabalho. Neste capítulo, procurou-se apenas a conclusão dos temas inicialmente propostos, a mutação e a *interpretação conforme à Constituição*, sem, no entanto, esgotá-los. Comentou-se acerca de ativismo judicial, legitimidade e insegurança jurídica apenas com o intuito de explorar as dimensões das dúvidas geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 712.

²⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 714.

²⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011. p. 801-802.

²⁰²STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, nº 2, julho/dezembro de 2009. p. 81

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora quanto à matéria “família”. Única espécie familiar expressamente prevista nas cartas políticas anteriores, o casamento passou a coexistir com outras duas formas distintas: a união estável e a família monoparental.

É de se notar que a evolução que culminou na ampliação conceitual de espécies familiares possuidoras de guarida constitucional foi um processo profundamente vagaroso. A indissolubilidade do casamento, por exemplo, perdurou como elemento constitucional até o ano 1977, quando foi abolida por meio de emenda à Constituição.

Porém, tal avanço ainda não tinha alcançado um fato notório no cotidiano nacional: a existência de diversos casais homoafetivos convivendo sem a devida legislação que os protegesse. A Constituição de 1988, reconhecida por possuir diversos preceitos de proteção às minorias, nada mencionou com relação a uma provável família homoafetiva.

Além disso, observando o processo de elaboração da recente Carta Política, verificou-se que o constituinte optou por não inserir texto que permitisse uma leitura na qual fosse contemplada tal minoria, principalmente no que se referia à união estável.

Após o advento da nova Constituição, o Congresso Nacional deteve, por diversos momentos, a oportunidade de mudar esse quadro, mesmo que em âmbito infraconstitucional. O projeto de Lei nº 1.151 de 1995, que concebia uma espécie de união homoafetiva distinta da estável, jamais entrou em votação. O Código Civil de 2002 permaneceu silente quanto à possibilidade de uma união homoafetiva.

É nesse contexto que se inseriu o julgamento em conjunto da ADI nº 4.277 com a ADPF nº 132. O pleito das referidas ações: o reconhecimento da união estável homoafetiva. Coube ao Supremo Tribunal Federal verificar se haveria espaço constitucional para o reconhecimento para mais uma espécie familiar.

Porém, os autores de ambas as ações requereram que o reconhecimento da união homoafetiva se desse através da *interpretação conforme à Constituição* do artigo 1.723 do Código Civil, o qual, ao tratar da união estável, meramente reproduziu o texto da própria Constituição.

Neste trabalho verificou-se que a técnica de decisão denominada *interpretação conforme à Constituição* apresenta requisitos e limites para sua utilização. A conclusão que se chega, após estudá-los e observá-los no caso concreto, é que não foram prestigiados pela Corte Suprema brasileira.

E não é só isso. O Supremo Tribunal Federal entendeu também pela necessidade de uma nova leitura da própria Constituição, já que o artigo objeto da referida técnica de decisão remetia, invariavelmente, para a Carta Política.

Assim, em nome de princípios como o da isonomia ou da inexistência de vedação à homossexualidade, entenderam os ministros que o § 3º do artigo 226 deverá ser lido de forma distinta da usual: onde se vê “entre o homem e a mulher”, dever-se-á ler “entre duas pessoas”.

A mudança de sentido de uma norma constitucional, sem a alteração formal de seu texto, ocasiona a chamada mutação constitucional. E foi exatamente este fenômeno que resultou do julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de oficialmente unânime, a decisão apresentou, em seus fundamentos, divergências consideráveis. Não foram todos os julgadores que concordaram com o relator. Evidenciou-se assim que a forma pleiteada não era a única possível. Mostrou-se que o problema poderia ser identificado como uma lacuna legislativa, resolvível sem violentar o sentido literal atribuído pelo constituinte originário à Constituição.

Por fim, a decisão restringiu-se em atribuir um caráter mais amplo à união estável. Aquela que deve, de acordo com a Constituição, ter a sua conversão em casamento facilitada, que permite também a adoção de crianças, que é capaz de gerar repercussão em variados campos do Direito. Mas tais situações não estavam inseridas nas ações constitucionais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O fato é que as consequências que serão geradas pela mutação constitucional efetuada pelo Supremo Tribunal Federal são imprevisíveis. Somente o tempo poderá dizer se serão ou não benéficas.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Luís Henrique Martins dos. A interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Debates em Direito Público*, Brasília, nº 3, outubro de 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Rideel, 2003.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Ata de Comissões, Câmara dos Deputados.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao primeiro substitutivo do relator nº 24370, constituinte Roberto Augusto. Apresentada em 02 de setembro de 1987.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao Projeto de Constituição nº 05782, fase M, constituinte Rita Camata. Apresentada em 22 de julho de 1987.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda ao Projeto de Constituição nº 16572, fase M, constituinte Nyder Barbosa. Apresentada em 13 de agosto de 1987.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Emenda de Plenário nº 01564, fase S, constituinte Nelson Carneiro. Apresentada 13 de janeiro de 1988.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”).

BRASIL. Câmara dos Deputados. Assembleia Nacional Constituinte (1988). Histórico do artigo 226 da Constituição de 1988. Pesquisa solicitada ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, no dia 03 de maio de 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições, PL 1151/1995 (documentos anexos e referenciados). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBB5A19B5C5660DDA3F6CAADD209ADFC.node2?codteor=982499&filename=Avulso+-PL+1151/1995>. Acesso em 01 de junho de 2012.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 03 de junho de 2012.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 19 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em 19 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 19 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 19 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição (1969). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 28 de maio de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em 28 de maio de 2012.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em 01 de junho de 2012.

BRASIL. Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em 01 de junho de 2012.

BRASIL. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas, PLS 612/2011. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/110228.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

BRASIL. Senado Federal. Projetos e Matérias Legislativas, PLS 612/2011. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/105387.pdf>>. Acesso em 27 de setembro de 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7 Distrito Federal. Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio. Relator: Ministro Sidney Sanches. 18 de março de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 01 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 Distrito Federal. Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.417-7 Distrito Federal. Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 09 de dezembro de 1987.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FIGUERAS, Fernanda Louro. *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constituicion*. Madrid: Editora Madrid, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2009,p.393.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, nº 2, julho/dezembro de 2009.

VARGAS, Fábio de Oliveira. *União homoafetiva: Direitos sucessórios e novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana Vieira. Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 20, ano 78, janeiro/março de 2012.